

论
工
商
行
政
处
罚
裁
量
权
及
其
控
制

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X2005120121

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论工商行政处罚裁量权及其控制

On the Power of Industrial and Commercial Administrative
penalty Discretion and Control

刘 天 德

指导教师姓名: 孙丽岩 副教授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2008 年 11 月

论文答辩时间: 2008 年 月

学位授予日期: 2008 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2008 年 11 月

刘
天
德

指
导
教
师
:
孙
丽
岩
副
教
授

厦
门
大
学

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

摘 要

行政裁量权是现代社会经济日益发展的条件下行政权不断扩大的产物,是行政权力的核心和主要表现形式。可以说,“这种原则和灵活性的结合是现代行政的一个特色,”^①有着积极重要的意义。然而行政裁量权正如美国行政法权威学者肯尼思·卡普·戴维斯教授所评述的:“裁量权就像一柄斧子,正确使用时,他是一件有用的工具,但(错误使用时)它也可以变成伤害谋杀的凶器。”^②因为,“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验,有权力的人们一直使用权力到遇有界限的地方才休止。”^③行政裁量权作为行政权力中最活跃的权力现象之一,更容易引起恣意行使。当代社会转型期的中国为适应经济管理需要,制定了大量的委托行政立法,这些行政立法都赋予了工商行政机关过大的裁量权。但是,行政立法不完善,行政法制监督机制不严,这些都导致了工商执法人员行使行政处罚裁量权时的滥用。

因此,必须建立一套相对完善和系统的行政裁量权监控机制,加强对行政裁量权的统制。现代行政法也正是在行政裁量权不断扩大与对行政裁量权的控制不断加强的过程中发展起来的,通过各种途径来控制行政裁量权,防止其失控,不仅是行政法学研究的重要课题,也是现代行政管理必须解决的重要问题之一。本文以工商行政处罚裁量权控制为视角,探析行政裁量权的控制问题,力图对建立一套全方位的、系统的行政裁量权的监控机制有所帮助。

论文的基本结构分为三个部分:

第一部分 阐述行政处罚裁量权的基础理论。

第二部分 分析工商行政处罚裁量权中存在的问题。笔者从行政裁量权滥用的可能性、滥用的现实性以及滥用的危害性论述了对行政裁量权控制的必要性。

第三部分 论述工商行政处罚裁量权的合理性控制问题。针对我国行政裁量权的现状与问题,本部分提出了完善行政立法、加强行政法制监督、健全司法审

① 龚祥瑞. 比较宪法与行政法 [M]. 北京: 法律出版社, 1985. 465.

② Kenneth cup Davis. Discretionary Justice: A preliminary Inquiry[M]. Baton Rouge :Louisiana State University Press,1969. 25.

③ [法] 孟德斯鸠. 论法的精神(上册) [M]. 张雁深译, 北京: 商务印书馆, 1995.154.

查、加强社会监督等方式重新建构我国行政裁量权监控机制等构想。

理论上，研究行政裁量权的文章颇多，但从工商行政处罚执法实践出发，以工商行政处罚裁量权为视角，探讨行政裁量权及其控制的文章相对较少。笔者以工商行政处罚裁量权为题作硕士学位论文，希望能抛砖引玉，以期促进对行政裁量权的研究有所裨益。

关键词：处罚裁量权；工商行政；滥用控制

ABSTRACT

Administrative discretion comes into existence during the process of gradual expansion of administrative power under modern socio-economic background, it is the core of the administrative power and the main form of its expression. It can be said that "the combination of principle and flexibility is a feature of modern administration", thereby has positive significance. However, the administrative discretion as the American authority of the administrative law scholar Kenneth cup Davis of the comments: "Discretion just like an ax, when used correctly, he is a useful tool, otherwise harm's murder weapon ". Because" all the powerful men tend to abuse of power, this is a never changed rule. Powerful people have been using to power in the event where only the limits of the rest." In order to meet the needs of economic management, China which is undergoing the social transition has established a large number of executive and legislative commissions, which gives too much discretion to administration of industry and commerce. However, the imperfections of the executive legislation and loose oversight mechanisms led to the abuse of punishment discretion for industrial and commercial administrative officials.

Therefore, it is necessary to establish a relatively perfect and systematic monitoring mechanisms of administrative discretion which must be controlled. Modern administrative law is also developed during the process of gradual expression and reinforcement of administrative discretion. In order to prevent administrative discretion from being abused, all kinds of treasure must be taken ,which has been not only one of the important tasks of the administrative law but the problem the administration needs to solve. This thesis is at the angle of administrative discretion industrial control, and try to discuss control on administrative discretion hoping to be helpful for establishment of all-round and systematic monitoring mechanisms.

This thesis contains three parts:

The first part discussed the theories of the administrative-punishment discretion.

The second part analyzes the question of the administrative punishment discretion. The author discuss the need of control on administrative discretion, at the view of the possibility reality and harmfulness of abuse as well as.

The third part of discuss the rationality of controlling problem on administrative-punishment discretion. In view of the condition and problems on the administrative discretion in China, this part give suggestion on perfection of legislature, strengthen administrative supervision, improve the judicial review and enhance social supervision, and so on, to rebuild the mansions of monitoring mechanisms on administrative discretion.

In theory, the study of the administrative discretion are never be fresh, but analysis on administrative punishment and its controlling at the view of a Law Department are few. Industrial and commercial administrative punishment discretion to title for a master's degree thesis, the author is hoping to offer valuable suggestions with a view to the promotion of administrative discretion research help.

Keywords: administrative discretion;

Administration of Industry and Commerce; abuse; control

目 录

前 言	1
第一章 行政处罚裁量权理论分析	2
第一节 行政处罚裁量权的界定	2
一、行政裁量权的涵义	2
二、行政处罚裁量权的概念	3
第二节 行政处罚裁量权的运行规则	3
一、合法性原则	3
二、合理性原则	4
三、公正、公开原则	4
第三节 行政处罚裁量权存在之必然性	5
第二章 工商行政处罚裁量权中存在的问题	7
第一节 工商行政处罚裁量权存在的领域	7
第二节 工商行政处罚裁量权滥用的具体形式	9
一、行政处罚滥用职权	9
二、行政处罚显失公平	9
三、不依法处罚	10
第三节 滥用工商行政处罚裁量权的负面效应	10
一、侵害了行政相对人或社会公共利益	10
二、损害法律尊严，阻碍法治建设	11
三、滋生腐败，损害政府形象	11
第三章 工商行政处罚裁量权的合理控制	13
第一节 立法控制	13
一、加强行政立法的规范和监督	14
二、在立法上缩小行政裁量范围	17
三、加强法律解释	18

第二节 行政控制	18
一、完善行政机关的内部管理制度	19
二、完善行政程序	20
三、加强行政复议	23
四、汇编案例，遵循自我拘束原则	23
五、提高执法人员素质	24
第三节 司法控制	24
一、法官缺乏法律解释权	25
二、法院的判例没有拘束力	25
三、法院地位不能独立，法官不能独立审判.....	26
第四节 社会监督	26
结 语	28
参考文献	29

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Theoretical analysis on administrative punishment- discretion	2
Subchapter 1 Definition of administrative punishment discretion	2
Section 1 Overview of administrative discretion	2
Section 2 Concept of administrative discretion	3
Subchapter 2 Running principle of administrative discretion	3
Section 1 Principle of legality.....	3
Section 2 Principle of rationality	4
Section 3 Principle of fairness and public.....	4
Subchapter 3 Necessity of the existence of administrative-punishment discretion	5
Chapter 2 Problems on administrative discretion of industry and commerce.....	7
Subchapter 1 Fields of administrative discretion of industry and commerce.....	7
Subchapter 2 Concrete forms of abuse on punishment discretion for administration of industry and commercial	9
Section 1 Abuse of administrative penalty	9
Section 2 Obvious unfairness of administrative penalty	9
Section 3 Administration stray from law	10
Subchapter 3 Negative effect on abuse of administrative-punishment discretion	10
Section 1 Infringement on private party and public interest	10
Section 2 Damage on sanctity of law and prevention from legal construction.....	11
Section 3 Lead to corruption and damage on governmental image.....	11
Chapter 3 Reasonable control on administrative discretion of	

industry and commerce	13
Subchapter 1 Legislative control	13
Section 1 Strengthen Standardization and supervision on administrative legislation	14
Section 2 Narrow the scope of administrative discretion on legislation.....	17
Section 3 Add legal interpretation	18
Subchapter 2 Administrative control	18
Section 1 Improve internal management system.....	19
Section 2 Improve administrative procedures.....	20
Section 3 Administrative review	23
Section 4 Compile case, stick by self-restraint principle	23
Section 5 Improve the quality of law enforcement officers	24
Subchapter 3 Judicial control	24
Section 1 Courts lacked of rights of interprets the law	25
Section 2 Case lacked of power of restriction.....	25
Section 3 Independent status of courts Judge have not freedom judgment right.....	26
Subchapter 4 Social supervision	26
Conclusion	28
Bibliography	29

前 言

当代社会变迁日新月异，立法者不可能对所有的行政管理事务事先都详尽规定，只能授权行政机关在法律允许范围内根据具体情况自行选择行使，因而政府宏观管理社会职能的不断加强，行政裁量权在人们生活中的影响越来越大，不断改变着人们的生活规则。行政裁量权作为行政权力的伴生物，就象一把“双刃剑”，运用得当，则促进社会公平公正，运用不当，则会损害行政相对人的合法权益，阻碍行政法治的建设。如何保证行政自由裁量正确的行使已是现代社会、政府及法学界面临的重大课题。而作为行政职权的重要组成部分或核心的行政处罚裁量权，如何实现对其有效控制，并使其在“合法”的前提下遵行“合理”原则的要求，是建设法治国的重要内容之一。

本文主要通过对行政裁量权理论分析、工商行政处罚裁量权中存在的问题、工商行政处罚裁量权的合理性控制三个方面对行政处罚裁量权特别是在工商行政处罚方面做了理论层面上的探讨和分析，并提出笔者认为能够有效控制工商行政处罚裁量权行使的方法。

第一章 行政处罚裁量权理论分析

第一节 行政处罚裁量权的界定

一、行政裁量权的涵义

从概念上来说,英美法系国家的行政裁量所包括的范围要比德国法宽。德国通说的观点是不承认行政机关对不确定性法律概念的适用具有裁量权,而将行政裁量仅限于法律效果方面的裁量,即狭义的行政裁量概念。多数英美学说采取广义的行政裁量说,认为行政机关在解释与适用法律时也具有裁量权,行政法规中所运用不确定法律概念意味着其授予行政机关裁量权。

美国布莱克法律词典对裁量权的定义为“在特定情况下依照职权以适当和公正的方式做出行为的权力。”^①具体地说就是行政裁量权是指法律、法规赋予行政机关在行政管理中依据立法目的和公正合理的原则,自行判断行为的条件,自行选择行为的方式和自由作出行政决定的权利。

我国著名的行政法学家王名扬先生在《美国行政法》一书中的定义是:“自由裁量是指行政机关对于作出何种决定有很大的自由,可以在各种可能采取的行动方针中进行选择,根据行政机关的判断采取某种行动或不采取行动。也可能是执行任务的方法、时间、地点或侧重面,包括不采取行动的決定在内。”^②

罗豪才教授在其主编的《行政法学》中定义为:“自由裁量行为是指在法律规范仅对行政行为目的、行为范围等作原则性规定,而将行为的具体条件、标准、幅度、方式等留给行政机关自行选择、决定的行为。”^③

余凌云教授在其《行政自由裁量论》中认为:“所谓行政自由裁量就是指法律许可的情况下,对作为或不作为以及怎样作为进行选择的权力。”^④

尽管裁量权的概念存在争论,但是通过分析不同的观点和主张,我们还是能够发现裁量权的通说观点:一是法律对行政行为的条件、内容或者方式等没有作

① Black's Law Dictionary, Henry Campbell Black, M.A., 5th Ed. West Publishing Co. 1979, P776.

② 王名扬. 美国行政法 [M]. 北京: 法律出版社, 1996. 541.

③ 罗豪才. 行政法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1996. 82.

④ 余凌云. 行政自由裁量论 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2005. 37.

出明确、具体的规定；二是行政行为不能超过法律预先设定的范围，不能违背立法目的、法条本意和公共利益，并且应当公正合理；三是行政机关可以审时度势，灵活掌握；四是自由裁量行政行为形式上并不违法，一般不受司法审查，但滥用行政裁量权时，仍须受司法审查。

二、行政处罚裁量权的概念

行政处罚是指行政主体为达到对违法者予以惩戒，促使其以后不再犯，有效实施行政管理，维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益的目的，依法对行政相对人违反行政法律规范尚未构成犯罪的行为（违反行政管理秩序的行为）给予人身的、财产的、名誉的及其他形式的法律制裁的行政行为。^①由此，笔者认为行政处罚裁量权是指行政主体在法律规定的范围和幅度内，在法律没有明确条文规定具体行使职权的情况下，根据法律所体现的立法目的与执法原则，自行判断并适当作出选择是否实施其处罚行为的权力。可以说，行政处罚裁量权是通过法律法规明示或默示授权许可的，是必须符合法律的立法目的和精神，遵循一定的法律原则，从而行使行政处罚行为的一种规范化的权力。它是行政裁量权的重要组成部分。工商行政处罚裁量权主要具体表现有：警告、罚款金额的多少、吊销营业执照等。

第二节 行使行政处罚裁量权的运行规则

16世纪英国的一位大法官科克曾言：“自由裁量意味着，根据合理和公正的原则做某事，而不是根据个人意见做某事……根据法律做某事，而不是根据个人好恶做某事。自由裁量不应是专断、含混不清、捉摸不定的，而应是法定的、有一定之规的”。^②可见，行政裁量权不是没有任何制约而随心所欲的权力，正确行使行政处罚裁量权就要在实践中遵循以下原则：

一、合法性原则

合法性原则是指政府的一切行政行为应符合法律之规定，受法之拘束。它包

^① 陈新民．行政法总论[M]．台北：三民书局，1995．54．

^② [美]伯纳德·施瓦茨．行政法[M]．徐炳译，北京：群众出版社，1986．568．

括了越权无效、法律优越、法律保留三项具体要求。行使行政裁量权遵守合法性原则是最基本的要求。其具体内容：首先，行政裁量权不能逾越法律的界限。即指不仅不能在形式上超越法律规定的幅度，而且不能违背立法的目的和精神等。其次，行政机关在行使裁量权时，应注意法律适用的冲突规则，当行政法规或行政规章的规定与法律的规定相冲突时，应优先适用法律。最后，行政立法是从属性立法，需要法律授权，未经法律授权之法属立法违法，不能引用为行使行政权的依据，更不能作为行政裁量权的标准。

二、合理性原则

英美行政法上的合理性原则是指行政主体不仅应当按照法律、法规规定的条件、种类和幅度范围作出行政行为,而且应当使行政行为符合法律的意图和精神,符合公平正义理性,行政行为的内容要客观、适度、合乎理性。其中之“理”是指体现全社会共同遵守的行为准则的法理。在大陆行政法中主要表现为下述两项原则：比例原则和信赖保护原则。比例原则是一个广义的概念，它包括了三个次要概念：适当性原则、必要性原则、均衡性原则。即要求行政机关所选择的手段能切实完成立法者的预期，且对行政相对人侵害最小，而且还要求不能使相对人所受的损失超过所追求的公共利益。比例原则规制自由裁量权的行使，要求行政主体在行使自由裁量权时进行仔细斟酌、综合平衡，以求得自由裁量恰到好处，实现法律赋予行政主体自由裁量权的真正价值，体现社会利益与个人利益的协调。^①信赖保护原则的基本涵义是政府对自己作出的行为或承诺应守信用，不得随意变更，不得反复无常。

三、公正、公开原则

行政公正原则可以分解成公正和公平原则，公正的基本精神要求行政主体及其工作人员办事公道，不徇私情，考虑相关因素，不考虑不相关因素；公平的基本精神是要求行政主体及其工作人员平等对待相对人，即同样情况，同样对待，不同情况，不同对待，不因相对人的不同身份、民族、种族、性别和不同宗教信仰而予以歧视。公正包括实体公正和程序公正两个方面的要求。实体公正、公平的要求主要包括：依法办事，不偏私，平等对待行政处罚的相对人，合理考虑相

^① 彭云业，张德新．论比例原则在我国行政法中的适用 [J]．山西大学学报,2002,(3):99-100.

关因素，不专断。程序公正、公平的要求主要包括自己不做自己案件的法官、不单方接触、不在事先未通知和听取相对人申辩意见的情况下作出对相对人不利的行政行为，相当于英国行政法中“自然正义”原则和美国行政法中“正当法律程序”原则。美国的“正当法律程序”在实践中还逐步建立了一整套的程序性标准，如：1、明确权力行使的标准；2、说明权力行使政策；3、发挥先例的指导作用；4、说明事实依据；5、说明理由；6、公开原则。其中 5、6 两条属于形式正当程序要求。1、2、3 三项要作实质正当程序要求。程序正义之意义正如罗尔斯所言，“在许多情况下，结果是否体现了正义或具有可接受性需要通过程序来解释”。^①

行政公开原则的基本含义是：政府行为除依法保密的以外，应一律公开进行；行政法规、规章、行政政策以及行政机关作出行政相对人权利、义务的的行为的标准、条件、程序应依法公布，让相对人依法查阅、复制；有关行政会议、会议决议、决定以及行政机关及其工作人员的活动情况应允许新闻媒介依法采访报道和评论。

第三节 行政处罚裁量权存在之必然性

20 世纪以前的欧美发达国家，政府职能主要是对内维持秩序，扮演的是亚当·斯密所谓的“守夜人”的角色。经济领域是市民社会独立的行为领域，国家和政府不能过多干预，因而决不允许政府享有任何方面的裁量权。但随着经济和社会的发展，政府需要管理的社会事务日益增多，政府职能不断膨胀。为了提高行政效率，立法机关在授予行政机关广泛权力的同时，也往往赋予行政机关在政策选择、行为方式等方面的广泛裁量权。一般认为，行政裁量权成文法存在之合理性的理由有：一是成文法的局限性导致的法律规则的非完备性；二是解决法律在现实中的普遍公正和个别不公正的矛盾需要；三是立法者自身能力的限制；四是行政职能的特殊性。王名扬先生以美国为例将行政裁量权在当代存在的客观必然性归纳为以下几个方面：“第一，现代社会变迁迅速，立法机关很难预见未来的发展变化，只能授权行政机关根据各种可能出现的情况做出决定；第二，现代社会极为复杂，行政机关必须根据具体情况做出具体决定，法律不能严格规定强求

^① John Rawls . A Theory of Justice[M]. Boston: Harvard University Press ,1971. p83-90.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库